CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

CURSO DE DIREITO

MARCELO WADSON MONTEIRO

A TEORIA DO FATO CONSUMADO – NA ANÁLISE DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO STJ AREsp 883.574/MS APÓS REPERCUSSÃO GERAL RE 608.482/RN DO STF

JUIZ DE FORA - MG

2021

MARCELO WADSON MONTEIRO

A TEORIA DO FATO CONSUMADO – NA ANÁLISE DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO STJ AREsp 883.574/MS APÓS REPERCUSSÃO GERAL RE 608.482/RN DO STF

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profª. Me. Bianca Stephan de Sales Mascarenhas

JUIZ DE FORA – MG

2021

MARCELO WADSON MONTEIRO

A TEORIA DO FATO CONSUMADO – NA ANÁLISE DOS JULGADOS DOS TRIBUNAIS SUPERIORES – DO JUÍZO DE RETRATAÇÃO DO STJ AREsp 883.574/MS APÓS REPERCUSSÃO GERAL RE 608.482/RN DO STF

Monografia de conclusão de curso apresentada ao curso de Direito do Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel em direito.

Aprovada em: / /

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nome Sobrenome (Orientador)

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Centro Universitário Presidente Antônio Carlos - UNIPAC

Dedico esse trabalho a minha familia por serem o alicerce da minha vida. Aos professores pela dedicação e profissionalismo com que me passaram todo conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço a Deus, fonte da minha fé e fortaleza do meu espírito, sem Ele não conseguiria chegar até aqui.

Aos meus saudosos pais, Dona Terezinha e Seu Joel que com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida, tudo que eu tenho devo a dedicação e amor dessas pessoas.

A minha esposa Larissa por todo incentivo e companheirismo e a minha filha Júlia, razão do meu viver, por estarem sempre comigo e serem alicerces da minha vida as quais agradeço por toda a compreensão em todos os momentos dessa caminhada.

A minha irmã Marcilayne, pelo incentivo e apoio nos momentos difíceis que passamos juntos, de superação, que fortaleceram nossa amizade e admiração.

Ao meu amigo Wiliam, entusiasta do Direito Administrativo, que me incentivou desde as primeiras linhas tecidas neste trabalho e ao tema escolhido, o qual o apreço, admiração e motivação me nortearam por essa caminhada.

A minha professora e orientadora Bianca, pelo exemplo de profissional, por tudo que me proporcionou durante esses anos de graduação e por me ensinar que o conhecimento não é apenas racional, mas agregador a prática e a uma constante busca através da pesquisa ensinando-me ir atrás do que realmente eu acredito, sintetiza a manifestação do caráter e amizade no processo de minha formação.

A Professora Inês, pela paciência e ensinamentos cruciais para o trabalho, que proporcionou com muito apreço a concretização deste, sua disponibilidade foi crucial ao solucionar nossas dúvidas.

À UNIPAC, seu corpo docente, coordenação, direção e administração, que oportunizaram a minha tão sonhada graduação.

O otimista é um tolo. O pessimista,
um chato. Bom mesmo é ser um
realista esperançoso.

Ariano Suassuna

RESUMO

Este estudo teve como objetivo abranger a valoração da Teoria do Fato Consumado, bem como a importância dos Colegiados nas decisões que levam os processos aos Tribunais Superiores, dentro dos princípios acerca desta teoria, para que possa na ponderação de sua natureza, ser valorizada a que melhor se enquadre, a fim de mitigar atos que talvez fossem convalidados pela simples observância do administrador ou que por alguma obscuridade se manteve por anos gerando expectativas a serem de alguma forma sustentadas pela segurança jurídica. A Segurança Jurídica funciona como resultado de um conjunto de técnicas normativas, encaminhadas a garantir a própria consistência do sistema, que tem no fato consumado um dos elos de sustentação. O que ocorre é que, muitas vezes, a decisão definitiva é tão demorada que o objeto do direito em apreço se perde em relação à realidade fática. Nesses casos ocorre a aplicação da Teoria do Fato Consumado. Assim, associando-se o fator tempo ao direito material ali invocado, o fato consumado nasce como tópico jurisprudencial pretensamente a serviço da equidade por meio do qual o judiciário, em sentença, ratifica a liminar concedida que autorizou prática de ato ilícito, atrelada a boa-fé e ao Princípio da Proteção da Legítima Confiança.

Palavras-chave: Fato Consumado. Princípios do Direito. Análise de julgados.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 8

2 TEORIA DO FATO CONSUMADO 10

2.1 Breve Cronologia 10

2.2 Conceito 11

3 PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOA-FÉ 14

3.1 Princípio da Segurança Jurídica 14

3.2 Princípio da Proteção a Confiança 15

3.3 Princípio da Boa Fé 17

4 A TEORIA DO FATO CONSUMADO APLICADA AOS TRIBUNAIS SUPERIORES 19

4.1 Pressupostos de Existência e Aplicabilidade 19

4.2 STF - Análise Do Julgamento De Repercussão Geral – Teoria do Fato Consumado 22

4.3 STJ – Análise Do Julgamento Atual e o Juízo de Retratação –*Distinguiching* – Teoria do Fato Consumado **25**

5 CONCLUSÃO 29

REFÊRENCIAS 32

1 INTRODUÇÃO

A sociedade encara de forma ‘sólida’ a atuação do judiciário, tanto para a garantia de direitos como para as relações jurídicas que mitigam situações cotidianas, dos mais variados temas. Isto gera expectativas que são preservadas pelo judiciário, que dá grande importância a estabilidade social e a confiança primordial a justiça. Prima-se pela garantia jurídica, a fim de garantir o estado democrático de direito, dando respaldo a sociedade através da Segurança jurídica.

Manifesta-se, através da Segurança Jurídica, a intenção de coalizar princípios importantes ao Estado Democrático de Direito, situando-os por caminhos a serem percorridos pelas várias vertentes dessa certeza, que são alcançados pela confiança e pela perspectiva. Entretanto, existem situações que buscam trazer à sociedade uma segurança calcada nas relações jurídicas equilibradas de alguma forma pelos resultados decorrente dos tribunais.

Não se pode fechar os olhos e deixar de observar o anseio social pela busca de direitos dentro do tempo razoável e aceitável. Embora seja assegurado a todos, a observância dos Princípios da Celeridade Processual e da Razoável Duração do Processo, prima-se pela aplicabilidade dos mesmos e pelo cumprimento do que foi alicerçado na Constituição por interpretação do Princípio do Devido Processo Legal e da Eficiência da Administração Pública. Porquanto se subscreve o inciso LXXVIII, do artigo 5º, da mencionada Carta Magna, que dispõe: “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Contudo, nesse contexto introduz-se a Teoria do Fato Consumado, controversa, porém denota oportuna aplicação ao mitigar entraves em casos específicos que se prolongam no tempo.

A coerência em utilizar as fontes do direito para equacionar resultados de forma satisfatória faz surgir teorias formadas pela jurisprudência e pela doutrina, empregadas para suprir lacunas deixadas pela legislação. Porém, algumas dessas teorias são eivadas de ilegalidade e sua aplicabilidade questionada, mas que mesmo assim são utilizadas para corrigir adversidades advindas de situações concretas dentro dos processos, mas que não perdurariam se não fosse por isso.

A análise de conceitos, com a finalidade de justificar as aplicações do direito em determinadas situações, demanda desdobramentos processuais de teorias que sob a ótica jurídica sintetizam algo relevante para a tomada de decisões.

Neste sentido, a Teoria do Fato Consumado fora utilizada em decisões de Tribunais Superiores, visto que julgados mostraram ponderações de princípios que ao convalidar atos, confirmaram expectativas que se consolidaram ao longo do tempo e que só poderiam trazer perdas para ambas as partes.

Diante do exposto, este estudo tem como objetivo abranger a valoração da Teoria do Fato Consumado em julgamentos que hajam fatos concretos de possibilidades a serem analisados pelos tribunais. Objetiva-se também a importância dos princípios acerca desta teoria, para que possa na ponderação de sua natureza ser valorizada a que melhor se enquadre, a fim de mitigar atos que talvez fossem convalidados pela simples observância do administrador ou que por alguma obscuridade se manteve por anos gerando expectativas a serem de alguma forma sustentadas pela Segurança Jurídica.

Por fim, através de uma análise crítica de julgado, observa-se que invocar teorias é possível, que estabilizar decisões, consolidar situações pode ser necessário e que no tocante as relações jurídicas, para que possam muitas vezes preconizar a confiança e a estabilidade processual é preciso que sejam analisadas situações presentes, em um prisma, onde consigam ser distintas as ponderações e valorações adequadas a transpor assim barreiras homogêneas de expectativas consolidadas.

2 TEORIA DO FATO CONSUMADO

O que antecede a aplicação de uma teoria é o entendimento a respeito de seu conteúdo e o que vai ser alcançado em seu conceito, pois, em sua órbita, transitam vários princípios que preenchem seu propósito de efetivar seus objetivos. Portanto esta seção expõe o marco teórico da Teoria do Fato Consumado, bem como a possibilidade de sua relativização.

2.1 Breve Cronologia

Já há algum tempo existem questões, tanto do direito administrativo quanto do direito processual que, em razão de seu objeto e da necessidade de intervenção judiciária, demandam soluções mais claras e rápidas com vistas a não deixar à mercê aqueles que, procurando o auxílio do judiciário tentam garantir seus direitos. É nesse ponto que surgem questionamentos sobre a relação do direito material e o tempo. O direito material poderá ceder passo ao decurso do tempo como fator legitimador de decisões provisórias com efeitos duradouros? Como o direito lida com esse fenômeno? É possível falar-se em uma 'teoria do fato consumado'? (ALVES, 2017).

A construção da Teoria do Fato Consumado, com início pelo menos na década de 1960, é produto exclusivo da jurisprudência, cujas decisões repetem argumentos de decisões anteriores, sucessiva e acriticamente. Ela é fruto direto da incapacidade do judiciário de entregar em tempo útil e hábil uma solução. Seus fundamentos, que advém de construção da jurisprudência, são encontrados na doutrina administrativa, mais precisamente no tratamento da anulação dos atos administrativos e do princípio da segurança jurídica (MIGOSKY, 2014).

Tentando responder ao crescimento exponencial de demandas que sofrem os tribunais pelo Brasil, e tendo em vista todos os questionamentos acerca do princípio da celeridade processual, associada aos casos de possível perecimento de direito, o ordenamento jurídico utiliza-se de meios que visam garantir à parte o alcance do direito pleiteado sem prejuízo do tempo, por meio de decisões proferidas de forma liminar – antes do tempo. No Brasil, como alternativa à demora na prestação jurisdicional, e para que as partes não tivessem que arcar com o ônus do tempo, o legislador, ao reformar o código de processo civil, criou o instituto da tutela antecipada. (KORESSAWA, 2009)

Para Koressawa (2009), a tutela antecipada consiste em instituto previsto no artigo 273 do Código de Processo Civil em que consiste no instrumento para a concretização do equilíbrio entre os princípios da segurança jurídica e a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Neste sentido, o direito processual prevê instrumentos, como as tutelas provisórias que satisfazem o mérito, e busca-se uma efetividade processual para a mitigação de seus efeitos a longo período de tempo sobre resultados. Dentre os instrumentos podemos dizer que tais se resultam em providências tomadas antes do encerramento natural e definitivo do processo, pois buscam garantir a máxima efetividade processual e diminuir os efeitos prejudiciais do tempo sobre os resultados daquele. (THEODORO JÚNIOR, 2017)

Procurando responder aos questionamentos surgidos e aos princípios sempre invocados, a legislação processual civil brasileira seguiu caminho semelhante ao que acabou acontecendo em todo o mundo, principalmente ao adotado por países como Itália e França, com a originalidade relacionada à eficácia que se outorga à decisão estável depois de transcorrido em branco o prazo previsto para o exaurimento da cognição. (MARCHESAN, 2016)

Na Carta Magna vigente, o direito adquirido, ao lado da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, é direito individual, quando considerado em relação à lei nova, que não poderá prejudica-lo, conforme estabelece o artigo 5º, inciso XXXVI, garantindo-se assim a segurança jurídica. (AVILA, 2000)

2.2 Conceito

A Teoria do Fato Consumado é aquela que apresenta situações jurídicas consolidadas pelo decurso do tempo e amparada por decisão judicial precária (liminares, tutela e outras), e que não devem ser desconstituídas em razão da segurança jurídica e da estabilidade das relações sociais (STJ REsp 709.934/RJ/2004).

Mencionada teoria é utilizada, portanto, para manter, em definitivo, o estado em que se encontra a parte beneficiada pela medida antecipatória antes concedida e que seria prejudicada com a sua desconstituição.

Os conceitos jurídicos dos princípios e garantias não são oriundos da Teoria do Fato Consumado em si, pois tratam de valores constitucionais e sociais que vão além desta, mas a relação que as detém buscam caminhos a estabilização e consolidação de matérias fáticas que procuram se assegurarem como um firmamento, a serem resguardados pela segurança

jurídica, pois incertezas trazem insegurança e instabilidade, como ensina Carvalho Filho (2020, p. 121):

> As teorias jurídicas modernas sempre procuraram realçar a crise conflituosa entre os princípios da legalidade e da estabilidade das relações jurídicas. Se, de um lado, não se pode relegar o postulado de observância dos atos e condutas aos parâmetros estabelecidos na lei, de outro é preciso evitar que situações jurídicas permaneçam por todo o tempo em nível de instabilidade, o que, evidentemente, provoca incertezas e receios entre os indivíduos. A prescrição e a decadência são fatos jurídicos por meio dos quais a ordem jurídica confere destaque ao princípio da *estabilidade das relações jurídicas*, ou, como se tem denominado atualmente, ao *princípio da segurança jurídica*.

Ainda assim, o mundo atual, revela-se na modernidade de sua sistematização a necessidade de se preservar relações individuais com o Estado, demonstrando que tal teoria respalda-se na longevidade excessiva do processo e que o desfazimento de situações consolidadas, poderiam de alguma forma causar instabilidade jurídica. Deduz-se que nestes casos caberia alguma forma de sustentação que pudesse preservar o direito adquirido ou a expectativa deste através de uma força inerte que manteria as relações sociais estáveis, pois dali não haveria perdas para a administração e nem para o particular.

Fernandes (2016, não paginado), melhor define em sua obra que:

> O fato consumado é, portanto, visto como fenômeno que inviabiliza a revisão do que já se consolidara, na mais restando a se fazer; em outras palavras, determina a manutenção da situação autora constituídas, seja por morosidade no processo judicial, seja na omissão da parte interessada, ou ainda, da administração Pública em praticar determinado ato revisional em tempo hábil, isto é, antes que a situação se consolidasse, cuja reversão tenha se tornado ou inviável ou prejudicial e inconveniente.

A controvérsia a respeito da Teoria do Fato Consumado e sua difícil sustentação faz-se devido a esta não levar em conta a precariedade da liminar (julgado que não tem efeito de decisão final dentro de um processo, parte do litígio que reconhece que o pedido tem um caráter urgente e que tem uma fundamentação jurídica, ex: mandado de segurança, tutela antecipada etc) e, também, do não questionamento a respeito de tais decisões que as originaram, convalidando assim atos ilegais, que apesar de terem sidos intentados de boa-fé pela guarida da mencionada liminar, não gozariam de legalidade por não sustentarem positivamente seus intentos.

A visão da Teoria do Fato Consumado é a estabilização por conta da morosidade e a consolidação do ato pelo transcurso de tempo, independente dos motivos a que sejam

deparados ao processo, põe-se de forma significativa para se opor às mudanças que possam prejudicar tanto o particular quanto a coletividade.

Embora o conceito de estabilidade tenha sido positivado e com isso perdeu-se a consistência neste instituto, mantem-se apropriado aos casos específicos que possam ser relativizados com sua garantia. (CARVALHO FILHO, 2018, p. 122).

3 PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, PROTEÇÃO À CONFIANÇA E BOAFÉ

Na noção do que é a Teoria do Fato Consumado, faz-se necessário a demonstração da importância da Segurança Jurídica e da boa-fé entre seus aspectos da confiança, objetiva-se a estabilização processual e a proteção jurídica, realçando fundamentos de semelhante teor, a fim de embasarem uma ponderação ao se conflitarem com outros de igual importância, visto que a Teoria do Fato Consumado seria aplicada em uma excepcionalidade existente no processo.

3.1 Princípio da Segurança Jurídica

É um princípio norteador e importantíssimo no equilíbrio do Estado de Direito. Constitucionalmente, é inserido como um dos mais importantes dentre todos os outros, sendo considerado de semelhante significado ao Princípio da Proteção à Confiança.

Protetor da estabilidade, configura de forma a objetivar a prevenção de alterações que possam causar instabilidade social, presentes na sociedade atual. Visa resguardar os problemas do Estado que apresentam desequilíbrio, pois o mundo se movimenta rapidamente, alterando e apresentando também consequências de instabilidade que influenciam no equilíbrio social de maneira a suscitar um mecanismo de defesa capaz de trazer confiança e a segurança (MARINELA, 2017, não paginado).

A análise do Princípio da Segurança Jurídica, sob a ótica do Direito moderno, feita por um prisma que possa identificar seu aspecto objetivo, faz com que tal princípio se relacione com a estabilidade das relações jurídicas, assegurando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF). Já em outro olhar, observa-se uma segurança subjetiva que, como mencionado anteriormente, assemelha-se a proteção à confiança, já que traz o foco para o indivíduo em relação aos atos acometidos pela Administração Pública, mas sempre dando valor a boa-fé que se faz positivada e expressa no art. 54, da Lei nº 9.784/99, nos seguintes termos: “O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” (MARINELA, 2017 não paginado).

A relevante questão a qual se põe diante de um regime democrático é: o que fazer para manter uma confiança pautada na sustentação dos poderes a que deleguem seus

representantes? Há de se desenvolver princípios que possam traduzir tal questão, a fim de defendê-la e não permitir que sejam suprimidos valores que possam banalizar o entendimento, como ocorre em outros países. O que é almejado e pretendido é que, por algum comportamento ou movimento da Administração, o cidadão, de forma inesperada, seja surpreendido por alguma instabilidade processual advinda de situações anteriormente consolidadas, mesmo que sejam apenas expectativas e que não tenham de alguma forma sido transformadas em direito adquirido (CARVALHO FILHO, 2011, p. 121).

Como já mencionado, configura-se na Lei nº 9.784/99, não só a presença dos Princípios da Segurança Jurídica e da Proteção à Confiança, mas também da boa-fé, que na convalidação dos atos administrativos, visa estabilizar as relações, dentro do processo administrativo, limitado a legalidade, pois mesmo ao anular ou convalidar tais atos o administrador não pode deixar de apreciar o processo ao judiciário, não adentrando assim na seara dos tribunais, pois jurisprudencialmente seria possível uma ponderação de princípios "[...] é certo que a jurisprudência aponta alguns casos em que foram convalidadas situações jurídicas ilegítimas, justificando-se a conversão pela 'teoria do fato consumado[...]"(CARVALHO FILHO, 2011, p. 120), contextualmente aceitável pelo risco de ferir o princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Por conseguinte, o resultado da matemática em que se pese o Princípio da Segurança Jurídica e a legalidade, é de fato a ponderação entre princípios, que visa a manutenção da confiança e da estabilidade do processo, pois se um ato se mantém ilegal por conta da Segurança jurídica e da boa-fé, é porque chegou-se a um denominador comum em que haja necessidade de seus efeitos e a essa sustentação, por conta da natureza jurídica dos princípios, a que não se detém a uma hierarquia maior sobre eles, mas uma ponderação de seus valores (DIAS, 2012, não paginado).

3.2 Princípio da Proteção a Confiança

O Princípio da Proteção a Confiança, possui conexão com o Princípio da Boa-Fé, mas prima-se pelo respeito à preservação de direitos e é mais atuante nas expectativas por ele preteridas, em que não se infrinjam-se ao particular alterações repentinas de normas ou de orientações administrativas, a que se deve verificar condições a fim de que não fique despreparado o particular, visto que mesmo as alterações legais devem ter sua adaptação, de modo ameno e dosador para que mudanças radicais não causem transtornos a sociedade.

Ainda se relaciona a promessas ou compromissos fecundados pela Administração Pública, que gerem expectativas no seu comprometimento e no seu cumprimento (MEDAUAR, 2018, p. 131).

Ainda leciona Medauar (2018, p. 131):

> [...] Entre seus reflexos estão: preservação de direitos suscetíveis de se constituir, ante expectativas geradas por medidas da Administração ou informações erradas; proteção, aos particulares, contra mudanças abruptas de orientações da Administração; necessidade de regime de transição ante mudança de disciplina normativa [...]

Nesta linha, a proteção à confiança mostra-se um princípio autônomo, relacionado com os Princípios da Segurança Jurídica e o Princípio da Boa-Fé, mas independente em suas acepções a que não os confunde.

No entanto, a Boa-Fé do particular é fundamento necessário da confiança legítima, que por sua vez obteve perspectivas geradas por alguma ação do Estado. Não cabe no contexto gerado entre a relação do administrador e administrado o uso da má-fé que impede a atuação do Estado, pois não sustentaria, dessa forma, a confiança legítima depositada no particular, fazendo com que o mesmo se beneficiasse de sua sordidez. Objetivamente denota a lealdade e a integridade do particular e subjetivamente "relaciona-se com o caráter psicológico daquele que acreditou atuar em conformidade com o direito" (OLIVEIRA; 2020, não paginado)

Para Maffini (2005, p.41):

> [...] o princípio da proteção da confiança busca promover dois principais ideais: (a) a previsibilidade da ordem jurídica, de modo que os destinatários do agir estatal (por suas três funções) tenham como conhecê-lo antes de sua concretização; e (b) a estabilidade da ordem jurídica (ou a continuidade ou a permanência), segundo a qual os atos estatais (os seus efeitos), mesmo quando contrários ao Direito, haverão de ser preservados em alguns casos (quando já realizados e desde que observados alguns requisitos), ou, ainda, praticados em determinadas situações. No modo de pensar do autor, esses ideais refletem, respectivamente, as feições formal e substancial do princípio da proteção da confiança [...]

Na aplicação do princípio da confiança, pode-se constatar seu alcance, não somente de ordem jurídica, mas também pela previsibilidade das ações do Estado, relativos a estabilidade de seus efeitos, ao alcançar nas relações jurídicas, a confiança legítima.

3.3 Princípio da Boa Fé

Inicialmente pode-se abordar o princípio da boa-fé como parte da relação que envolve a confiança e a garantia jurídica, que somados a esses princípios se relacionam dentro de semelhanças que orbitam o sistema de proteção do direito (ROSSI DIAS, 2012, não paginado)

O Princípio da Boa-Fé é conhecido do direito privado, o qual se faz presente nas relações contratuais, e que na sua acepção com o direito público endossa posicionamentos objetivos e subjetivos. Quando se mostra satisfeito com o comportamento da relação jurídica entre as partes, diz-se que o comportamento reciproco esperado é da boa-fé objetiva, mas quando há uma intenção, de cunho pessoal, um sentimento envolvido ao qual se detém a ordem jurídica, este reflexo se diz boa-fé subjetiva (PIETRO, 2018, não paginado).

> [...] O princípio da boa-fé abrange um **aspecto objetivo**, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um **aspecto subjetivo**, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé [...]

A palavra boa-fé traz consigo uma ideia de mansidão, pois quando dirigida de forma relativizada opera como se fosse uma excludente, justificando e transformando o sentido esperado de sua atuação, quando de forma positivada, nos traz a prerrogativa de algo determinado, exigido sobre o conteúdo e dando sempre uma ideia de moralidade.

Embora possa ter semelhança com outros princípios, o Princípio da Boa-Fé é um importante defensor da administração e do particular, nele é depositada a ética e a expectativa, de um e de outro, pois o princípio da proteção a confiança e pela carga ética se asseguram o administrador e o administrado, pois assim devem agir, com extrema retidão. Nestes casos, o particular confia na legalidade e na conduta da Administração, assim como está se presa na confiança, convalidando ou regular os efeitos de atos passados (DI PIETRO, 2018, não paginado).

Faz-se necessário, uma observação diante do Princípio da Boa-Fé e o que acontece em situações que são inerentes a agentes públicos, que pela ocasião de liminar estarem praticando atos na Administração Pública, venham a perder essa segurança, nos ensina (ROSSI DIAS (2012, não paginado) :

> [...] Se a investidura é um ato ilegal, e com base na regra de que o acessório segue o principal, todos os atos praticados pelo servidor também deveriam ser ilegais, porém, em nome da segurança jurídica e em nome de terceiros de boa-fé atingidos pelo ato, os atos por este servidor praticados serão mantidos [...].

Isso devido a 'Teoria do Funcionário de Fato' mantida pelo STF, em que se valida atos praticados por aqueles que aparentam ser de fato funcionários, mas que são revestidos de ilegalidades em sua investidura, a que não prejudiquem terceiros de Boa-Fé.

4 A TEORIA DO FATO CONSUMADO APLICADA AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Diversos são os julgados apontados para explicar a aplicabilidade da teoria do fato consumado nas decisões dos Tribunais Superiores, a corte repudiou a incidência da referida teoria, em Repercussão Geral, em julgamento datado de 2014. A decisão teve entendimento da não adoção da mencionada teoria em casos de investidura e posse em concurso público, abrangendo casos semelhantes. A objetividade da decisão e a abrangência de modo geral foi fator de fundamentação em voto contrário do Ministro Barroso.

A contrariedade a respeito de uma flexibilização que alcance a discricionariedade dos julgados, faz-se necessária aos casos concretos que nele encontre respaldo ao interesse da coletividade e uma perda do particular que poderia ferir o princípio da confiança.

A análise dos julgamentos atuais, faz-se necessária, pois confronta-se visões antagônicas e cronologicamente sucessivas de progressões alteradoras do direito, deslumbra-se projeções futuras dos julgados, formando novas perspectivas a respeito de fatos novos e antigos que tramitam pelos tribunais.

Objetivando demonstrar de forma isenta, a análise de algumas partes dos processos em questão, procurou-se emergir os que mais repercutem ainda na visão de excepcionalidade da Teoria do Fato Consumado, a fim de concatenar os julgados em ordem sucessiva para um melhor entendimento.

4.1 Pressupostos de Existência e Aplicabilidade

Um dos maiores pressupostos da Teoria do Fato Consumado, talvez seja o fato da mesma não interferir a terceiros ou quem sabe amparar-se da proteção a confiança ou ter ao final o amparo do princípio da supremacia do interesse público Mas a respeito de sua existência, decorre muito mais da morosidade e do longo tempo para o julgado do que qualquer outro fator, pois a razoabilidade e a proporcionalidade fazem nascer mecanismos como a prescrição e decadência, visto que tais mecanismos faz com que as partes se satisfazem com a finitude do processo a fim de que situações não perdurem por longo tempo.

Nessa linha, há uma prerrogativa da plenitude dos julgamentos em argumentar que possa trazer a segurança e confiabilidade processual, que decorre muitas vezes da necessidade de que algo possa sanar algum entrave e justificar de alguma forma a existência de pressupostos que fundamente a aplicabilidade da Teoria do Fato Consumado em casos

específicos, orientado por julgados que fundamente a efetivação para decisões futuras, objetivando justificar a manutenção das expectativas geradas que se prolongam no tempo, (NASCIMENTO, 2017, p. 29).

A problemática da morosidade e o prolongado tempo de julgamento, talvez não sejam os únicos entraves para a aplicabilidade e existência do fato consumado, pois o que os antecede, é um ato administrativo que faz mover uma decisão precária, trazendo expectativas que são levadas por bastante tempo se consolidando e se tornando instáveis a Segurança Jurídica.

No tocante ao processo administrativo e as demandas, evidenciou-se na lei 9.784/99, a regulamentação em relação ao processo administrativo, que se apresentou como uma lei modernizada positivando princípios, dando autonomia ao administrador de convalidação a atos administrativos, delimitados pela legalidade, determinando prazo decadencial (de 5 anos) no processo administrativos e a atos convalidados ou anulados. Ainda relativo a demanda, substabeleceu a reforma administrativa, um importante marco constitucional, na Emenda Constitucional nº 45/2004, que otimizou também os processos administrativos e reformulou a administração pública, o qual pode-se destacar a inclusão ao texto Constitucional no seu artigo 5º, o inciso XLXIII, promovendo a celeridade processual e preceituando o princípio da razoabilidade diante da morosidade processual. Em outras palavras, pode-se sintetizar que é antigo no direito brasileiro o esforço para alcançar a otimização jurídica, desejada pela sociedade, não ficando inerte o Estado a tais questões (CARVALHO FILHO, 2018).

No entanto faz-se necessário que a relação jurídica se mostre estável no transcurso do processo, pela Proteção a Confiança e pela Segurança Jurídica, pois ao cidadão de boa-fé que procura a justiça, consolida expectativas pela estabilidade processual, procurando sempre satisfazer um desejo social, que pode ser favorável ou não, mas que defina de alguma forma seus anseios. Tais valores sociais são muitas vezes demonstrados pelos princípios, que se dão pelos julgados e decisões dos tribunais, nas constatações principiológicas do direito.

Carvalho Filho (2018, não paginado), nota-se:

> No direito comparado, especialmente no direito alemão, os estudiosos se têm dedicado à necessidade de estabilização de certas situações jurídicas, principalmente em virtude do transcurso do tempo e da boa-fé, e distinguem os princípios da *segurança jurídica* e da *proteção à confiança*.

Contextualizar a Segurança Jurídica, faz-se importante, não só para as relações jurídicas, mas também para a estabilidade processual e sua movimentação transitiva, em que

toda carga da ciência do direito se faz presente. Visto que as jurisprudências se estabelecem de reiteradas decisões nos tribunais e as tornam fontes para julgamentos futuros.

Segundo Nascimento (2017, p. 95 *apud* FERREIRA, 2002, p. 19-22) obteve pioneirismo da Teoria do Fato Consumado, teve grande importância no estudo de Ferreira, que identificou há muito tempo ter iniciado tal entendimento através de uma decisão do STF ainda nos anos de 1960, sobre litígios entre alunos e instituições de ensino superior. Note-se:

> A jurisprudência do fato consumado originou-se em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal da metade da década de 1960. Àquela altura, várias ações questionavam, em todas as instâncias, a possibilidade de regimentos internos de universidades exigirem de seus alunos 'nota cinco' para aprovação. O STF editou a Súmula 58, que abona essa exigência dos regulamentos universitários e assim pacificou o tema. Contudo, a súmula não eliminou o problema gerado nos casos iniciados antes de seu estabelecimento, nos quais estudantes obtiveram liminares para ingressar na faculdade ou para cursar disciplinas acadêmicas. A jurisprudência do fato consumado nasceu exatamente desses casos residuais, relativos ao ensino superior. O STF chancelou os estudos realizados com base em provimentos cautelares ilegais, em atenção ao peculiar quadro de dúvida objetiva sobre a validade dos regimentos universitários.
> O primeiro processo no qual se alçou o fato consumado à qualidade de razão de decidir foi o RMS 14.017, que versava sobre nota mínima para aprovação no curso de Direito. O voto do relator, Min. Villas Boas, transcreveu a sentença de primeiro grau, que considerou aprovado estudante, cuja média era inferior à exigida pelo regulamento universitário. Terminada a transcrição da sentença, surge o pequeno parágrafo onde, pela primeira vez, se admite a prevalência do fato consumado sobre o direito reconhecido pelo próprio Tribunal. Contrariamente ao entendimento já àquela altura consagrado pela Súmula 58,5 o Min. Villas Boas defendeu o seguinte ponto de vista:
>
> "Entendo que, até a Lei de Diretrizes e Bases, a média quatro era suficiente. Entretanto, neste caso, se assim não entendesse, daria provimento ao recurso para estabelecer a sentença. Seria de inteira justiça que se confirmasse a decisão de primeira instância".
> Esse apelo seco à Justiça mereceu as seguintes considerações do Min. Victor Nunes Leal, um dos vogais do julgamento:
> - Sr. Presidente, data vênia, não me parece que seja caso, propriamente, de equidade. A rigor, a pretendida cassação da segurança ficou sem objeto. Se o aluno foi aprovado nas matérias das séries superiores e formou-se, o pressuposto pedagógico da nota mínima foi alcançado, porque ele comprovou que tinha aproveitamento para ser aprovado na série anterior; do contrário, nãos se diplomaria, não terminaria o curso. Nesta altura, como anular o curso, que foi concluído com base em decisão judiciária?"
> Embora tenham chegado à mesma conclusão, apenas o voto do Min. Victor Nunes Leal possui fundamento racional; o do relator simplesmente enuncia vago sentimento de justiça, até porque sua tese já havia sido repudiada pela Súmula 58. O Min. Evandro Lins, que também compôs a unanimidade no Pleno, ponderou: 'atendendo à peculiaridade do caso, penso que devemos conceder a segurança, sem prejuízo do que está contido na Súm. 58. (NASCIMENTO,2017, p. 95 *apud* FERREIRA, 2002, p. 19-22).

No julgamento acima supracitado, datado da década de sessenta, a aplicação da teoria do fato consumado nos Tribunais Superiores, observou-se a ponderação dos princípios, pela

manutenção da decisão da questão acerca da estabilidade e da Segurança Jurídica garantida por decisão judicial antecipatória, pois posteriormente não deveria ser reformada, justamente, pela ponderação de tais princípios vistos neste caso específico, como o princípio da equidade.

Embora a maior parte dos casos perpassa a necessidade de ponderação de princípios, a definição deste se dá somente em casos concretos.

4.2 STF - Análise Do Julgamento De Repercussão Geral – Teoria do Fato Consumado

A análise a ser realizada da Repercussão Geral a que tratou o STF, deve-se buscar desmembrar as fases neste julgamento e suas divisões, nas decisões obtidas, subdivide-se em três fatores cruciais ao que demandaram os fundamentos analógicos do caso em questão, que são as considerações do relator, os votos contrários e suas justificativas, na visão de incompatibilidade com o "[...]regime constitucional de acesso aos cargos públicos ou a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado[...]." STF.

Faz-se necessária a explicação de Mattos Silva (2007, não paginado):

> A Repercussão Geral, é o Instituto processual pelo qual se reserva ao STF o julgamento de temas trazidos em recursos extraordinários que apresentem questões relevantes sob o aspecto econômico, político, social ou jurídico e que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, de acordo com os §§ 1º e 3º do art. 543-A definem que o recurso extraordinário oferece repercussão geral em duas situações. - se existem questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa; ou - se o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.
>
> A Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Lei nº 11.418/2006 têm por objetivo fazer com que somente seja apreciado o recurso extraordinário que versar a respeito de questão relevante, que transcenda o interesse meramente individual das partes em litígio,

No julgamento, ocorrido em agosto de 2014, no Recurso Extraordinário (com repercussão geral) RE n. 608.482-RN, com Relatoria do Ministro Teori Zavask, em que foi decidido em plenário a manutenção da teoria do fato consumado de candidato não aprovado em concurso público, mas que nele tomou posse, consta o seguinte:

Em julgamento no STF:

> 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado.
>
> 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere.
>
> 3. Recurso extraordinário provido. (BRASIL/STF, 2014)

No julgado específico, a parte interessada prestou concurso púbico, no ano 2000, para o cargo de agente de Polícia Civil do Estado do Rio Grande do Norte, o qual foi reprovada no teste físico, alegando a mesma que teria sido induzida a erro pelo fiscal que aplicou seu teste, ficando reprovada na ocasião por uma abdominal e por isso entrou com liminar, atestando que a mesma havia cumprido com o que pedia em edital e que foi prejudicada pelo fiscal do teste, havendo sido deferida sua liminar, posteriormente, mas não conseguiu completar todos os exames, faltando o psicotécnico e acabou prosseguindo no certame por ordem judicial (liminar). Tomou posse e entrou em exercício no ano de 2002. Em 2009, a decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, constando fundamento de que, na época, já estava há sete anos de exercício contínuo na função e que, por isso, teria o direito de continuar a exercer suas atividades. Em que o relator, no STF, fundamentou sua controvérsia nos termos:

> [...] Há, na situação aqui examinada, o confronto de duas ordens de valores, que, por incompatíveis entre si, devem ser sopesadas para que se defina qual delas merece prevalecer. De um lado, há o interesse individual da candidata em manter o cargo público que, embora obtido sem aprovação em concurso público regular, já estava sendo exercido, por força de liminar, há mais de sete anos à época do acórdão recorrido.
>
> De outro lado, tracionando em sentido oposto, está o interesse público de dar cumprimento ao dispositivo constitucional segundo o qual "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público" (art. 37, II), dispositivo esse que, como se sabe, dá concretude a outros princípios da administração pública, especialmente o da impessoalidade, da moralidade e da eficiência. A quebra da exigência de concurso não deixa de representar, ainda, severo comprometimento do princípio da igualdade, em matéria de acesso aos cargos públicos. [...]

Neste sentido, acompanhado pela maioria dos ministros, entendeu-se que a recorrente não pode ser amparada pela proteção da confiança, uma vez que suas expectativas foram pautadas em uma decisão precária. Ficou constatado a proteção do concurso público, e princípios como da igualdade, moralidade, impessoalidade e da eficiência. Mostrou-se tal julgado, de reconhecimento a nível nacional, e de sua repercussão geral reconhecida pelos tribunais de todo o país, o qual ficou entendido e passou-se a adotar que o entendimento da matéria a respeito da teoria do fato consumado não serve de fundamento para a investidura ou posse em cargos públicos, por força de decisão judicial provisória.

Dentre os onze ministros, oito votaram com o relator, um se ausentou e dois foram contrários a decisão, o qual destaca-se o voto vencido do Min. Luis Roberto Barroso, que foi contrário à decisão proferida pela maioria ao resultado final. Pois segundo o Ministro Barroso, se tratava de uma situação que deveria ser mantida diante do longo lapso temporal (doze anos) entre a posse e a decisão do STF, da presumida boa-fé e da confiança gerada, pautando-se em três decisões judiciais favoráveis: uma decisão liminar e outra de mérito, ambas em primeiro grau, e a confirmação em decisão de segundo grau, como descrito abaixo:

> [...] 19. A autora tomou posse em 25 de janeiro de 2002, em virtude de decisão liminar posteriormente confirmada pela sentença da Quinta Vara de Fazenda Pública de Natal e pelo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte que desproveu o apelo interposto pelo Estado do Rio Grande do Norte. Ademais, afirma a autora, em sua petição inicial, que, embora tenha sido aprovada nas provas de *cooper*, salto em distância e salto em altura (todas integrantes do teste físico), foi reprovada no teste de flexões abdominais, pois teria sido induzida a erro pelo fiscal, que a mandou descansar após ter completado vinte e duas flexões antes do término do tempo destinado à prova (o número mínimo requerido para aprovação era de vinte flexões). Porém, posteriormente se constatou que três flexões teriam sido mal executadas, e, com a anulação delas, faltou uma flexão para o atingimento do número mínimo. Ademais, a autora demonstra que obteve aprovação na disciplina Educação Física, do Curso de Formação de Agentes Policiais, com nota 9.5. Tais fatos não foram refutados na contestação. Por fim, a autora não apenas foi confirmada no estágio probatório, como não há notícia da instauração de processos administrativos para a apuração de infrações disciplinares 20. A breve descrição do contexto fático é suficiente para demonstrar que o caso concreto se amolda ao parâmetro acima delineado. Pois bem. A autora exerce o cargo de Agente de Polícia há mais de doze anos, prazo muito superior ao quinquênio previsto no art. 54 da Lei n. 9.784/1999. A tese jurídica exposta na inicial é bastante plausível, na medida em que, embora não haja dúvidas da adequação da previsão de teste físico para a seleção de Agentes de Polícia, parece efetivamente ter havido graves equívocos na sua aplicação em face da autora, além de o seu excelente desempenho na disciplina de Educação Física, a sua aprovação no estágio probatório e não haver notícia sobre a instauração de processos administrativo-disciplinares revelarem a sua aptidão física para o bom desempenho das atribuições inerentes ao cargo. 21. Por fim, a posse da autora não apenas ocorreu há mais de doze anos, como se respaldou em decisão colegiada de mérito de Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Tal decisão não contraria precedente do Supremo Tribunal Federal; ao contrário, há notáveis decisões desse Tribunal que respaldam a pretensão

> autoral, e, via de consequência, a decisão recorrida. 22. Com efeito, no julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n.º 429906, Rel. Min. Eros Grau, o STF aplicou a teoria do fato consumado para convalidar a matrícula de aluno determinada por decisão judicial em virtude de ter havido a conclusão do curso antes do trânsito em julgado. Já no julgamento do Mandado de Segurança n. 22.357/DF o STF validou a admissão de empregados públicos na INFRAERO em virtude da existência à época de controvérsia sobre a existência, ou não de obrigatoriedade, de prévia aprovação em concurso público para o provimento em emprego público nas estatais. 23. Diante do exposto, voto pelo desprovimento do Recurso Extraordinário e pela adoção do seguinte parâmetro para a definição da manutenção, ou não, de provimentos em cargos públicos determinados por decisões judiciais não transitadas em julgado: "No caso de investidura em cargo público por força de decisões judiciais ainda sem trânsito em julgado, a aferição da eventual confiança legítima a ser protegida envolverá a consideração dos seguintes fatores: a) a permanência no cargo por mais de cinco anos; (b) a plausibilidade da tese jurídica que justificou a investidura e a ausência de conduta processual procrastinatória; (c) decisão de mérito proferida em segunda instância. [...] (BRASIL/STF, 2014)

Ainda a respeito do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, a decisão retirava a importância dos colegiados, pois tais decisões, deveriam ser levadas em conta, pois elas gerariam uma legítima expectativa a preservação e conservação da condição de servidor público.

4.3 STJ – Análise Do Julgamento Atual e o Juízo de Retratação –*Distinguiching* – Teoria do Fato Consumado

O juízo de retratação, revela-se a oportunidade conferida à autoridade julgadora de rever, parcial ou totalmente, sua decisão, seja por razões de mérito (conveniência e oportunidade), seja por razões de legalidade, STJ.

No Agravo em Recurso Especial nº 883.574 – MS (2016/0066963-3), julgamento realizado pela primeira turma do STJ, em relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, o agravante, Elson rodrigues, buscou embasamento na teoria do fato consumado, uma vez que haviam mais de 17 anos passados desde a concessão da liminar.

Após ter sido aprovado em concurso público, tendo sido classificado em primeiro lugar, o candidato obteve êxito em todas as fases do certame com exceção da prova de motorismo, na qual sem motivos justificáveis, foi considerado inapto, mesmo tendo acertado mais de cinquenta por cento das questões contidas no teste. O presente agravo mostrou que o agravante se dedicou ao cargo de policial rodoviário federal, evidenciado nos requisitos a temporalidade e valores que foram demonstrados pelos excelentes serviços prestados ao longo dos mais de 17 anos de carreira.

No julgado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) têm posicionamentos semelhantes, mas divergem quanto sua aplicabilidade em casos concretos, o que ve-se:

> AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE CARGO DE POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL. EXIGÊNCIA DE APROVAÇÃO EM EXAME DE MOTORISMO. POSSE NO CARGO CONCEDIDA POR LIMINAR EM 1999. DECURSO DE MAIS DE 20 ANOS DESDE A CONCESSÃO DA LIMINAR. DISTINGUISHING. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DO SERVIDOR CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DO PARTICULAR.
>
> 1. A Vice-presidência desta Corte entendeu que *o entendimento firmado por esta Corte, em princípio, destoa da manifestação exarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE-RG 608.482, cuja tese firmada em repercussão geral consagra que "não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado" (Tema 476/STF).* Por este motivo, encaminhou os autos para eventual juízo de retratação. A despeito do douto entendimento da Vice-Presidente, entendo que a esta Turma não divergiu do Tema 476/STF.
>
> 2. De fato, a Primeira Turma, seguindo a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral (RE 608.482/RN, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 30.10.2014), entendia inaplicável a Teoria do Fato Consumado aos concurso público, não sendo possível o aproveitamento do tempo de serviço prestado por força de decisão judicial pelo militar temporário, para efeito de estabilidade.
>
> 3. Contudo, a Primeira Turma passou a entender que existem situações excepcionais, como a dos autos, nas quais a solução padronizada ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada, impondo-se o *distinguishing*, e possibilitando a contagem do tempo de serviço prestado por força de decisão liminar para efeito de estabilidade, em necessária flexibilização da regra (REsp. 1.673.591/RS, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA,
>
> DJe 20.8.2018); **caso dos autos, em que a liminar que deu posse ao recorrente no cargo de Policial Rodoviário Federal foi deferida em 1999 e desde então o recorrente está no cargo, ou seja, há 20 anos.**
>
> 4. Agravo conhecido para dar provimento ao Recurso Especial do Servidor a fim de assegurar sua manutenção definitiva no cargo de Policial Rodoviário Federal.
>
> ACÓRDÃO
>
> Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar o juízo de retratação, mantendo a decisão anterior de conhecer do Agravo para dar provimento ao Recurso Especial do Servidor, a fim de assegurar sua manutenção definitiva no cargo de Policial Rodoviário Federal, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.(BRASIL/STJ, 2020)

No julgamento em tela, observa-se que a Corte do STJ, manifestou posicionamento alinhado com o STF, no que consta da Repercussão Geral sobre o assunto, mas referiu-se ao *distinguishing* "(distinto - Ocorre quando o Tribunal profere decisão que não aplica a jurisprudência da Corte, porque o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam adequadamente à jurisprudência consolidada)" STF, no que diz respeito ao entendimento do caso específico em que sobrepesou-se o tempo excessivo entre o concurso e os dias de hoje, o que causaria danos desnecessários e irreparáveis aos agravados.

> [...] 2. É certo que a jurisprudência deste STJ é rigorosamente torrencial e uniforme quanto à obrigatoriedade, tanto por parte dos candidatos quanto da Administração Pública, de seguir fielmente as disposições editalícias como garantia do princípio da igualdade, e sem que isso signifique qualquer submissão a exigências de ordem meramente positivistas, de forma que a reprovação do recorrente em uma das etapas do concurso impõe sua eliminação.
> 3. Contudo, há uma solidificação de situações fáticas ocasionada em razão do excessivo decurso de tempo entre o concurso de remoção e os dias atuais, de maneira que, a reversão desse quadro implicaria inexoravelmente em danos desnecessários e irreparáveis aos agravados.
> 4. Caso excepcional em que a restauração da estrita legalidade ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada. Precedentes: AgRg no AREsp. 445.860/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 28.3.2014 e AgRg no Ag 1.397.693/SP, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 23.3.2012.
> 5. Agravo conhecido para dar provimento ao Recurso Especial do Servidor a fim de assegurar sua manutenção definitiva no cargo de Policial Rodoviário Federal (fls. 539/540). [...]

A turma deu por unanimidade provimento ao recurso, trazendo à tona, a aplicabilidade necessária da Teoria do Fato Consumado em casos concretos, visto que o *distinguishing*, fora utilizado e por fim encaminhado o processo a fim de fazer um juízo de retratação, divergindo nesta ocasião conforme o voto da vice presidente:

> [...] 1. A despeito do doutro entendimento da Vice-Presidente, entendo que a esta Turma não divergiu do Tema 476/STF.
>
> 2. No caso em comento, há a solidificação de situações fáticas ocasionada em razão do excessivo decurso de tempo entre a liminar concedida e os dias atuais, de maneira que, a reversão desse quadro implicaria inexoravelmente em danos desnecessários e irreparáveis ao recorrido. Veja-se que a liminar que deu posse ao recorrente no cargo de Policial Rodoviário Federal foi deferida em 1999 e desde então o recorrente está no cargo, ou seja, há 20 anos.
>
> 3. De fato, a Primeira Turma, seguindo a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral (RE 608.482/RN, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 30.10.2014), entendia inaplicável a Teoria do Fato Consumado aos concurso público, não sendo possível o aproveitamento do tempo de serviço prestado por força de decisão judicial pelo militar temporário, para efeito de estabilidade.
>
> 4. Contudo, a Primeira Turma passou a entender que existem situações excepcionais, como a dos autos, nas quais a solução padronizada ocasionaria mais danos sociais do que a manutenção da situação consolidada, impondo-se o *distinguishing*, e

> possibilitando a contagem do tempo de serviço prestado por força de decisão liminar, em necessária flexibilização da regra.[...] (BRASIL/STJ, 2014)

No entendimento da Vice-Presidente do STJ, à Primeira Turma, consolidou a decisão, pela situação fática do caso em questão, pautando-se na expectativa de direito, devido ao longo decurso de tempo, entre a liminar concedida e o julgamento desta nos dias atuais, o qual exemplificou os graves danos que poderiam ser causados ao recorrido, mesmo entendendo, e estando de acordo com o entendimento do STF em Repercussão Geral, do Relator Min. Teori Zavascki, no caso em especial não se padronizaria o mesmo entendimento, pelos danos sociais que causaria uma decisão contraria, impondo-se o *distinguishing*.

5 CONCLUSÃO

Analisando o que fora proposto, é possível perceber o dimensionamento da Teoria do Fato Consumado quanto aos princípios e sua aplicabilidade diante dos julgados apresentados, em relação as expectativas produzidas em análise.

Ao longo da pesquisa foi possível analisar desde o surgimento da teoria, uma série de controvérsias e dissoluções contrárias quanto sua existência e aplicação, pontualmente elucidada através de doutrinas e conceitos, recepcionados pelos valores sociais aventados pelo presente trabalho.

Neste sentido, figurou-se no âmbito do direito moderno, a Segurança Jurídica, o qual mostrou-se eficaz e protetora da estabilidade, enfatizando princípios de igual importância e mantenedores da ética e da visão subjetiva da sociedade em relação a Administração Pública nas relações jurídicas.

Observou-se que princípios como a estabilidade, a previsibilidade e a confiabilidade são novos pilares sociais, que exigem transparência dos atos dos três Poderes da República. As expectativas geradas pelos atos Estatais devem fazer com que os comportamentos do Estado sejam duráveis, permanentes e capazes de garantir a paz social. Somente assim o cidadão possuirá exatidão da ordem jurídica a que está inserido.

No processo administrativo, viu-se a funcionalidade da convalidação dos atos administrativos e seu poder discricionário, também na anulação de atos ilegais, objetivando e positivando princípios no âmbito da Lei 9.874/99, importante instrumento legal da Administração Pública, que limita o processo e traz a prescrição como ferramenta de manutenção dos atos administrativos.

Identificou-se os valores principiológicos das várias vertentes da Teoria do Fato Consumado, tarefa essencial, notadamente porque a doutrina é divergente a seu respeito, e julgou-se necessário nortear tanto sua aplicabilidade quanto a sua exclusão nos tribunais, insurgida pela morosidade judicial e pela subjetividade preponderante na visão revestida de segurança do Estado.

A que pondere a ilegalidade, ficou constatado que não é somente o fator tempo que determina a presença e a aplicabilidade do Fato Consumado, mas também a ausência de prejuízo, porque embora ilegal o ato praticado, evidencia-se pela “via transversa” a inexistência de qualquer prejuízo a ambas as partes envolvidas.

Ficaram constatadas fortes divergências quanto sua aplicabilidade nos Tribunais brasileiros e observou-se sua fragilidade em se manter somente baseado na demora do judiciário, como anteriormente enfatizado, pois ao se mostrar ilegal, apregoa-se como um ato nocivo, mas demonstra-se em situações fáticas, expurgado, pela consolidação de expectativas que de certo se torna um bem a coletividade.

Certamente que a Proteção à Confiança, dentro do âmbito da Segurança Jurídica e da Boa-Fé, enfatiza a presente pesquisa, e preconizaram as linhas sucessivas do trabalho, perquirindo uma objetividade transcendente das jurisprudências e decisões dos tribunais.

Perfaz-se oportuno dizer que dentro do Ordenamento Jurídico existem perspectivas sociais, que são capazes de dirimir e mitigar situações no âmbito da concessão das Tutelas Antecipadas. Com esta visão ampliou-se um olhar aprofundado dessas relações ao verificar que há uma linha de raciocínio que se antecede as decisões dos Tribunais Superiores, poderia ser ampliada aos debates, pois não há a Teoria do Fato Consumado sem a primeira visão da "fumaça do bom direito" o que faz debate-la no colegiado, por conseguinte nos outros Tribunais.

Foi apresentado, neste sentido, julgado dos tribunais brasileiros, datado de 1960, em relação a Teoria do Fato Consumado, a fim de demonstrar a temporalidade da demanda tutelada pelo judiciário, mostrando-se emblemática para os demais julgados que a sucederam.

Embora constatou-se a necessidade de pacificar situações e estabilizar entendimentos, que visam vincular decisões, a formar jurisprudências, também é preciso desvincular situações para que todos tenham apreciado seus direitos.

Através das Instâncias Superiores, ficaram evidenciadas na análise dos julgados do presente trabalho, que a palavra decisória é realmente instaurada nos Tribunais Superiores. Contudo obteve-se clara, mas também podemos constatar e ver através do voto contrário do Ministro Luís Roberto Barroso, que é necessário a valoração do magistrado, desde a concessão da liminar, passando pelas decisões dos Colegiados e em instâncias Superiores, sobrepesando decisões anteriores sobre a matéria em questão e aos casos concretos que instam o processo e ao corolário dos julgamentos que pela independência funcional e a discricionariedade do judiciário, pronuncia-se homogêneo mas sempre atuante e atento a unidade e proteção a lesão ou ameaça a direito, como preceitua a Carta Magna.

Portanto, diante de todo o exposto e das narrativas exibidas consolidamos os conceitos aqui em tela, a percebe-se que a fragilidade da mencionada teoria, apesar de ter sido combatida por instrumento de Tribunal Superior, fundamentado e votado, ainda encontra-se

contrariada pelas decisões de Magistrados, diante de conceitos formadores como o direito adquirido e a legitima expectativa, emoldurada na capacidade discricionária e a independência funcional daquele que pela situação fatídica não se restringe a sua decisão, pronunciando e apreciando cada processo que através do entendimento concreto consolidam a verdadeira justiça.

REFÊRENCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/10847616/A_teoria_do_fato_consumado_e_a_tutela_da_seguran%C3%A7a_do_espa%C3%A7o_a%C3%A9reo Acesso em: 5 mar.2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIAS, Licínia Rossi Correia. **Direito administrativo I** . São Paulo : Saraiva, 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao007/marga_tessler.htm Acesso em: 10 abr. 2021.

DIZER DIREITO, 2021. Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2012/11/teoria-do-fato-consumado.html . Acesso em: 15 abr. 2021.

FERNANDES, Robinson. **Controle de Constitucionalidade e a Teoria do Fato Consumado**. eBook, Jundiaí – SP. Paco editorial, 2016.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. A teoria do fato consumado e a tutela da segurança do espaço aéreo. **Revista conexão SIPAER**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 87-98, set./out. 2012.

NASCIMENTO, Leandro Maciel do. Notas Sobre Fato Consumado Como Fundamento Juridico Para Estabilização De Expectativas. **Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (UNIBRASIL)**, Curitiba-PR | vol. 27, nº 1, jan/jun 2017, p. 88-109. 88. Acesso em 20 Abr 2021– Site: https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di., Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SILVA, Bruno Mattos e. O STF e a normatização da repercussão geral no recurso extraordinário. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1562, 11 out. 2007. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/10524 Acesso em: 16 maio 2021.

TESSLER, Marga Inge Barth. O fato consumado e a demora na prestação jurisprudencial. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 95-101, out/dez. 2004. Acesso em: 17 abr 2021. Site: https://core.ac.uk/download/pdf/211930406.pdf